

Vol. 20, n° 3

Du logiciel traditionnel à la robotique fine – L’adaptation des règles du droit à la technologie de pointe

Jean Goulet

1. TRAVAILLER AUTREMENT	680
1.1 Un nouveau langage.	680
1.1.1 L’émergence du <i>copyright</i>	681
1.1.2 La persistance du brevet	683
1.2 De nouveaux messages	687
1.2.1 L’émergence des cyber-bibliothèques	688
1.2.2 La résilience des normes de droit traditionnelles	691
2. VIVRE AUTREMENT	695
2.1 Vivre un jeu	695
2.1.1 La <i>copyrightabilité</i> des jeux vidéo	696

© Jean Goulet, 2008.

* Professeur à la retraite, faculté de droit de l’Université Laval.

2.1.2	La similarité des scénarios	697
2.1.3	Le phénomène de la violence et la responsabilité des producteurs de jeux	698
2.1.4	La liberté d'expression et la violence des jeux vidéo	699
2.1.5	Le droit à l'image	700
3.	JOUER SA VIE	703
4.	REVOIR LA VIE	705

Le monde informatique¹ se déclinait naguère en termes de quincaillerie. Les concepteurs d'ENIAC² et de ses successeurs n'arrivaient pas à rompre les ponts avec les ancêtres calculateurs qui précédaient leurs ordinateurs. Toujours les nouvelles machines tenaient du *Mark I* d'Howard Aiken³ et les hommes s'infiltraient physiquement dans les systèmes, programmes vivants qui branchaient les fils conducteurs aux justes connexions pour obtenir les résultats escomptés.

Un jour, ces pratiques changèrent au point où les façons de faire anciennes disparurent pour de bon et les humains cessèrent de devoir se comporter comme des éléments de l'ordinateur. John Backus avait conçu FORTRAN⁴ et les programmes étaient désormais écrits. Pour un peu, on pourrait les assimiler à des œuvres littéraires et, peut-être, les protéger légalement comme telles. Une ère nouvelle était née.

Au cours des paragraphes qui vont suivre, nous n'allons pas tenter de faire œuvre historique. Nous observerons simplement l'évolution des pratiques informatiques avec l'œil du juriste, législateur, magistrat ou commentateur du droit.

Nous nous arrêterons ainsi en un premier temps à l'influence de cette technologie dans le domaine du travail d'écriture, celui des programmes d'abord et celui des œuvres écrites ensuite.

-
1. Les références aux sites WWW citées dans les notes en bas de page proviennent de notre recherche originale amorcée en mars 2008. Elles ont été vérifiées en juillet 2008. Quelques textes ont été supprimés de la Toile entre-temps.
 2. Cette gigantesque machine est considérée unanimement, ou presque, comme le premier ordinateur de l'histoire informatique ; voir *inter alia*, Nigel HAWKES, *Le monde de l'ordinateur* (Paris, Groupe Express, 1971), p. 29 à 33 ou Mark FRAUENFELDER, *The Computer : An Illustrated History* (Londres, Carlton, 2005), p. 74 à 77.
 3. Le *Mark I* est le dernier des super-calculateurs ; voir Robert SOBEL, *IBM : Colossus in Transition* (New York, Times Books, 1981), p. 95 et s. ; Mark FRAUENFELDER, *op. cit.*, note précédente, p. 78.
 4. FORTRAN (Formula Translator) a des contemporains célèbres tel COBOL, PL/1 ou APL ; voir : Philippe BRETON, *Histoire de l'informatique* (Paris, La Découverte, 1987), p. 166 ; Mark FRAUENFELDER, *op. cit.*, note 2, p. 103.

Nous entrerons en un deuxième temps dans le très vaste champ de la vie pour y jouer en premier lieu et y survivre par après.

Cette incursion dans le monde informatique nous réservera peut-être des surprises. Nous avons souri en imaginant les pionniers de l'ordinateur déambulant dans l'ordinateur. Trouverons-nous aussi amusant d'évoquer l'hypothèse inverse, celle où l'ordinateur évolue dans le programmeur ? C'est ce que nous verrons plus loin.

Pour le moment, étudions le domaine du travail et voyons d'abord comment l'œuvre informatique peut être protégée des resquilleurs avant d'inverser ensuite notre démarche et de nous demander comment empêcher cette même informatique de seconder les tricheurs du monde des communications.

1. TRAVAILLER AUTREMENT

Nous aborderons maintenant les deux complémentaires de la communication traitée par le médium informatique. Nous amorcerons notre démarche par la création du code informatique et nous la poursuivrons en soulevant la problématique de l'œuvre littéraire saisie par l'ordinateur et rendue accessible par le biais de cette technologie aux formes d'expression multiples. Dans les deux cas, nous verrons comment les ressources de la propriété intellectuelle protègent l'auteur de l'œuvre concernée. Nous tenterons également de voir dans quelle mesure les solutions élaborées à une époque qui nous paraît parfois lointaine, ont subsisté ou comment elles ont évolué si c'est le cas.

1.1 Un nouveau langage

Sans doute ne viendrait-il aujourd'hui à l'idée de personne de déqualifier un écrit comme une œuvre littéraire parce qu'il a été rédigé dans une langue étrangère, voire en caractères cunéiformes. Comme les programmes codifiés en FORTRAN ou en COBOL au cours des années '60 étaient accessibles à la lecture en un assemblage linguistique qui se rapprochait du langage ordinaire, il vint bien vite à l'esprit des juristes que ces programmes constituaient des œuvres littéraires et qu'ils étaient susceptibles d'être juridiquement protégés comme tels.

Le processus informatique lui-même semblait confirmer d'ailleurs cette impression. L'exécution d'un programme structuré en

FORTRAN échappe à toute perception visuelle. Le *software* est un produit de l'esprit, aussi intangible en tant que procédé que ne le sont la conception et la rédaction d'un roman. Mais une fois écrit [...].

Bien vite, le législateur devait donc se rendre à l'évidence.

1.1.1 L'émergence du copyright

Le législateur américain compte parmi les premiers à avoir agi en ce sens. Après avoir promulgué une loi nouvelle sur le droit d'auteur en 1976⁵, il modifia ce texte en 1980⁶ pour y ajouter une définition de *programme d'ordinateur*. Depuis lors, comme le dit le professeur Beckerman-Rodeau, « it is undisputed that the 1976 *Copyright Act*, as amended by the *Computer Software Act* of 1980, extends copyright protection to software »⁷.

Malgré tout, cette législation ne parut pas convaincre les tribunaux que *tous* les genres de programmes étaient désormais susceptibles d'être protégés des emprunts indéliçats par les règles pertinentes au droit d'auteur. En 1982 seulement, les tribunaux reconnuèrent la brevetabilité d'un logiciel à quatre reprises⁸.

L'année suivante, la Cour d'appel fédérale de circuit, le forum judiciaire exclusif en matière de brevetabilité, renversa cette tendance jurisprudentielle dans l'affaire *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.*⁹. Le tribunal rejeta la prétention de Franklin Computer à l'effet qu'un programme-code ne pouvait faire l'objet d'un droit d'auteur parce qu'il échappait à la lecture ordinaire par l'œil humain. La Cour d'appel retint plutôt une interprétation de l'article 102 du *Copyright Act* assimilant les programmes d'ordinateur à des œuvres littéraires sans que la nature de son lecteur ne modifie cette règle de fond qu'il fallait à l'avenir respecter comme telle.

5. *Copyright Act of 1976*, Pub.L. n° 94-553, 90 Stat.2541, 17 U.S.C., par. 101-122.

6. *Computer Software Act of 1980*, Pub.L. n° 96-517.

7. Andrew BECKERMAN-RODEAU, « Protecting Computer Software : after *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983), Does Copyright Provide the Best Protection ? », 57 *Temple Law Quarterly* 527 (1984) ; <<http://ssrn.com/abstract=705242>>.

8. Voir les commentaires du professeur Beckerman-Rodeau, *op. cit.*, note précédente, à propos des affaires *In re Tanner*, 684 F.2d 787 ; *In re Abele*, 684 F.2d 902 ; *In re Pardo*, 684 F.2d 912 et *In re Meyer*, 688 F.2d 789.

9. 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983).

Le législateur américain est trop important pour que ses voisins et alliés ne jouent les indépendants sans motifs sérieux et adoptent des règles très différentes de celles préconisées aux U.S.A.

La *Loi [canadienne] sur le droit d'auteur*¹⁰ se range ainsi parmi les nombreuses juridictions qui font du *copyright* la mesure de protection privilégiée affectant les programmes d'ordinateurs.

À l'instar de son voisin américain, le législateur canadien assimile les programmes d'ordinateur à des œuvres littéraires. Il a d'ailleurs inclus à la nomenclature élaborée à l'article 2 de la loi, une définition de *programme d'ordinateur* avec les conséquences qu'on sait.

Comme aux États-Unis, il faut cependant recourir aussi à l'interprétation des tribunaux comme se faire une idée complète du droit canadien en cette matière. Dans une affaire qui rappelle celle d'*Apple Computer* que nous avons vue déjà aux U.S.A., la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans *MacKintosh Computer Ltd c. Apple Computer*¹¹ pour établir que les programmes d'ordinateur enregistrés sur des plaquettes constituent des reproductions des programmes concernés et que ces derniers sont protégés par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Sans allonger indûment la liste des législateurs qui ont posé des choix identiques à ceux que nous avons vus, mentionnons le législateur français qui a modifié en 1985¹² sa législation sur le droit d'auteur pour rendre les dispositions de cette législation accessibles aux programmes d'ordinateur. Le *Code de la propriété intellectuelle*¹³, qui remplace maintenant la loi française de 1957, ne change en rien la situation dans ce domaine.

Les normes du droit international viennent à ce propos confirmer par ailleurs les tendances que nous avons décelées jusqu'à présent dans les corps de lois nationaux. La vénérable *Convention de Berne* de 1886¹⁴ s'est ainsi enrichie en 1996¹⁵ d'un arrangement particulier au sens des dispositions de l'article 20 de son texte original.

10. S.R.C, c. C-42.

11. [1990] 2 R.C.S. 209.

12. *Loi du 3 juillet 1985* modifiant l'article 3 de la *Loi du 11 mars 1957* (art. 1^{er}).

13. *Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992*, *J.O.* du 3 juillet 1992, art. L-112-2, par. 13.

14. Voir le site de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html>.

15. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (adopté à Genève le 20 décembre 1996) ; voir : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html>.

Le texte du quatrième article du traité de 1996 est particulièrement clair à propos de la protection des logiciels. Il édicte que les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la Convention de Berne et que cette protection leur est appliquée quel que soit le mode ou la forme de leur expression.

Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996* n'est pas banal. Le Japon y a adhéré le 6 juin 2000. Les États-Unis l'avaient fait le 28 octobre 1998 précédent quand le président Clinton a signé le texte du *Digital Millenium Copyright Act*¹⁶.

Il ne faudrait pas, malgré les témoignages concordants des paragraphes précédents, nourrir l'illusion que les opinions sur ce sujet sont désormais tranchées et qu'il ne subsiste aucune opinion dissidente sur le choix du *copyright* comme mode de protection du programme d'ordinateur.

Des auteurs lui ont préféré déjà le brevet d'invention et certains continuent à le faire aujourd'hui.

Voyons maintenant pourquoi perdurent les enseignements de cette école de pensée dont les arguments peuvent s'avérer convaincants.

1.1.2 La persistance du brevet

Le dossier de la brevetabilité n'a jamais manqué de défenseurs tant au Canada et aux États-Unis qu'en Europe.

Lors du colloque *Computers and the Law* tenu à Kingston en 1968, Me Gordon F. Henderson préconisait le brevet d'invention comme le meilleur moyen de protéger les programmes d'ordinateur contre la copie ou l'emprunt non autorisé¹⁷. Il développait alors une

16. *The Digital Millenium Copyright Act*, 17 U.S.C. 512, aussi appelé *DMCA*, promulgue d'autres dispositions comprenant, par exemple, des mesures pour lutter contre la piraterie sur Internet.

Il s'ajoute au *No Electronic Theft Act*, 18 U.S.C. 2311 (1996), qui permet de poursuivre ceux ou celles qui favorisent volontairement les infractions au droit d'auteur ; voir Alexandra ROSS, « Copyright Law and the Internet : Selected Statutes and Cases », <<http://library.findlaw.com/1999/Jan/1/130344.html#NoElectronicTheftAct>>.

17. Gordon F.HENDERSON, *The Patentability of Computers, Computer Systems and Programs Patent* (Kingston, Faculty of Law, Queen's University, 1968), p. 149-161.

sorte d'argumentation holiste qui fait de l'ordinateur lui-même et de la programmation qui permet son exploitation, un tout-système qui justifierait dès lors la brevetabilité de l'ensemble-machine. Ce raisonnement permettait de contourner à l'époque, et d'éviter encore aujourd'hui, des obstacles qui empêchent normalement qu'un logiciel puisse être protégé par un brevet. Associé à la machine elle-même, le programme n'est plus qu'un simple algorithme, une formule de calcul, un processus intellectuel trop distancié de l'application pratique pour être brevetable. Le logiciel, perçu dans une telle hypothèse, devient aussi tangible que le système qu'on cherche à breveter et il se qualifie dès lors pour jouir des dispositions de la *Loi sur les brevets*, énoncée au chapitre P-4 des *Statuts révisés du Canada*.

Le raisonnement holiste développé par M^e Henderson constitue la base de départ habituelle des défenseurs de la brevetabilité du logiciel.

En 1966, Morton C. Jacobs énonçait cet argument en le formulant en une sorte de règle d'équivalence. Si une machine brevetable atteint un résultat donné à partir de son fonctionnement normal, ce même ensemble, et ses parties composantes, ne changent pas de nature si elle accomplit le même travail en raison d'un processus activé par une formule mathématique quelconque¹⁸.

En 1969, ce même auteur enrichit le principe d'équivalence qu'il avait esquissé trois ans plus tôt pour le transformer en un phénomène holiste d'assimilation des parties au tout. L'auteur s'inspire alors des conclusions découlant de l'affaire *Ex parte King*¹⁹ et affirme que, partant du postulat qu'une machine qui fonctionnait autrefois suivant les rouages d'un système traditionnel était alors brevetable, il faut convenir que cette même machine doit être traitée légalement de la même façon au moment où elle devient exploitée par les commandes d'un programme interne²⁰. L'ensemble composé d'un ordinateur et de son programme interne constitue une machine entière et complète²¹. Jacobs observe ainsi que « [...] the stored program and equivalent control-logic hardware are but two sides of the same engineering coin »²².

18. Morton C. JACOBS, *Patents, Copyrights, and Trade Secrets*, dans *Computers & the Law* (New York, C.C.H., 1966), p. 90-93 (93).

19. 146 USPQ 590 (Pat. Off. Bd. App., 1964).

20. Morton C. JACOBS, *Proprietary Protection of Hardware and Software*, dans *Computers & the Law*, 2d ed. (New York, C.C.H., 1969), p. 147-153 (151).

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

Énoncée de cette façon, la formule de Jacobs résume à peu près correctement l'argumentation de ceux et celles qui proposent depuis quatre décennies que les logiciels soient protégés par brevets d'invention. Tous reprennent à leur compte encore aujourd'hui tout ou partie des arguments que nous venons de voir.

Le 9 janvier 2008, Martin A. Goetz, qui serait le premier détenteur d'un brevet qui protège un logiciel, déclarait encore que le domaine du *software* recèle des inventions qui pourraient être brevetables. « It is well recognized », plaide-t-il pour étayer sa thèse, « that whatever you can design in hardware circuitry can be developed in a computer program to perform the same functions »²³.

Un peu avant lui, le professeur Robert Plotkin avait développé une argumentation²⁴ que Morton Jacobs n'eut pas reniée.

Plotkin fonde le plaidoyer par lequel il réclame une modification de la loi américaine sur les brevets en faveur de l'accessibilité des logiciels aux dispositions de cette législation, sur la conception holiste que Jacobs décrivait à propos des systèmes informatiques. L'auteur n'y va pas de main morte et affirme d'entrée de jeu que les programmes exécutables « literally are physical components of computers »²⁵. Il découle donc de cette qualification que les programmes d'ordinateur ne sont plus inévitablement que des processus mentaux et qu'ils ne sont même plus forcément intangibles²⁶. Les signaux électriques qui constituent leurs véhicules de transmission de l'énergie sont en effet tangibles, étant assujettis aux lois ordinaires de la physique. Pour résumer le tout, « an executable software program stored in the memory of a computer is an example of a machine component embodied in electrical signals »²⁷.

Cette démarche n'est pas exclusivement américaine. Loin de là !

Le mercredi 6 juillet 2005, le Parlement européen a défait par un vote sans équivoque de 648 voix contre 14 l'implantation d'une

23. <<http://www.sap.info/public/INT/Category-12603c61b2d8e182c-int/articlesVersions-2496747823f91e4ffa>> (consulté le 2008-03-28).

24. Robert PLOTKIN, « Computer Programming and the Automation of Invention : A Case for Software Patent Reform ». 2003 *UCLA J.L. & Tech.* 7 ; <http://www.lawtechjournal.com/articles/2003/07_040127_plotkin.php>.

25. *Op. cit.*, note précédente, Partie II, section B, alinéa 1.

26. *Ibid.*, alinéas 2, 3 et 4.

27. *Ibid.*, al. 6.

directive du Conseil européen visant à régulariser une pratique singulière ayant cours dans l'Union depuis 1986, soit celle de l'émission de *brevets logiciels*, en totale contradiction avec les lois idoines en vigueur.

D'après l'organisme *Foundation for a Free Information Infrastructure*²⁸, une association basée à Munich, l'Office européen des brevets aurait émis depuis 1986 quelque 30,000 de ces soi-disant brevets permettant à leurs détenteurs, auteurs de logiciels, d'interdire à toute autre personne d'utiliser ou de commercialiser les programmes ainsi protégés.

Le raisonnement qui conduisait l'OEB à autoriser de tels brevets reposait sur une forme de raisonnement qui a eu cours aux États-Unis dans les années '60, où les magistrats et commentateurs établissaient des distinctions entre les programmes d'applications et les codes-source. Si on suit la voie tracée par le Conseil, « [...] l'exclusion de la brevetabilité des programmes d'ordinateurs en tant que tels signifie seulement qu'on ne peut pas breveter le code source des différents programmes d'ordinateur »²⁹.

Aucune des lois que nous avons vues précédemment n'établit de telles distinctions et, dès lors, il nous reste à décider de la légalité des brevets logiciels comme le Parlement européen l'a fait déjà.

La ténacité des avocats de la brevetabilité des logiciels ne va pas conduire à des résultats positifs d'ici à un bon moment et nous reprendrions dès lors aujourd'hui les conclusions auxquelles nous en étions venu en 1984 dans notre étude sur les stratégies à développer pour protéger les logiciels de la piraterie des tiers³⁰.

Le logiciel est le résultat d'un processus mental qui s'exprime par écrit, peu importe le support de son expression :

Un auteur de logiciel pourra en général tirer une protection optimale contre les emprunts indéliçats en négociant son produit dans le double cadre du *copyright* enregistré et de l'octroi d'une licence [consentie aux utilisateurs].³¹

28. Voir le site de FFII : <http://www.ffii.fr/IMG/pdf/studies_short_fr.pdf>. On trouvera à cette adresse un texte de 2004 ; *Les brevets logiciels en Europe : un rapide état des lieux*.

29. Voir l'étude citée en note précédente, au paragraphe 3.1.

30. Jean GOULET, *La protection juridique du logiciel : options et stratégies* (Québec, Gouvernement du Québec, Ministère des Affaires culturelles, 1984).

31. Voir *op. cit.*, note précédente, p. 77.

Passant maintenant du stade où les logiciels sont écrits, venons-en maintenant à celui où l'utilisateur lit le texte traité par les programmes.

Ce problème s'était attiré l'attention du professeur Bonham au colloque de Kingston dont nous avons parlé déjà³². Comme nous le verrons maintenant, la question n'est pas aujourd'hui hors d'actualité.

1.2 De nouveaux messages

Au cours de cette conférence prononcée il y a déjà quelques décennies, le professeur Bonham s'était penché tant sur l'affichage que sur la saisie des documents dans l'environnement informatique.

Il ne semblait pas trop s'inquiéter de la protection offerte aux auteurs par la loi canadienne dans la première hypothèse. La loi de l'époque³³ lui semblait jouer son rôle à leur endroit sans trop de problèmes.

Moins sûr au plan de la saisie des textes, il restait tout de même optimiste sur la sécurité des écrivains quand leurs œuvres étaient saisies par un système informatique. « Quite accidental », disait-il, « the Canadian Copyright Act probably excludes free input systems »³⁴. Le professeur Bonham jugeait la portée de l'article 3(1) de l'époque suffisamment imprécise pour englober l'informatisation des textes dans les cas de copies illégales prévue par la loi. Mais c'était un coup de chance ! : « This result is clearly fortuitous because the statute, having been enacted in 1921, quite clearly did not contemplate computer usages »³⁵.

Comme nous le verrons au cours des prochains paragraphes, le professeur Bonham posait une bonne question en s'inquiétant du sort des auteurs dont les œuvres devenaient accessibles à un public dont l'ampleur restait encore insoupçonnée vingt ans avant l'apparition d'Internet. Il ne s'imaginait pas non plus sans doute la taille des géants qui se donneraient un jour la mission de rendre accessible l'œuvre littéraire universelle.

32. D.H. BONHAM, *Computers & the Law of Copyright*, rapporté à *Computers & the Law*, *op. cit.*, note 17, p. 131-146.

33. La loi à laquelle se réfère ici le professeur Bonham est celle qui avait été copiée de la législation britannique de 1911 ; voir : *Copyright Act*, 1952 S.R.C. c. 55.

34. *Op. cit.*, note 18, p. 144.

35. *Ibid.*

1.2.1 L'émergence des cyber-bibliothèques

Les problèmes juridiques que faisaient naître la saisie et la distribution des œuvres protégées par les lois sur le droit d'auteur des années '60 n'ont en fait guère changé au fil des décennies. Ils ne diffèrent en fait de leurs prédécesseurs que sur le plan de l'échelle des causes et effets qu'ils provoquent en raison de la puissance des réseaux de dissémination contemporains et de leur capacité phénoménale de mémorisation.

Même si la solution découlait du hasard comme le prétendait jadis le professeur Bonham, il faut bien, croyons-nous, admettre que les présentes dispositions de la loi canadienne sur le droit d'auteur protègent encore adéquatement les œuvres littéraires publiées sur les sites Internet, surtout si ces derniers sont établis au Canada³⁶.

Pourquoi nous poser dès lors des questions à ce sujet ?

Par curiosité ?

Peut-être un peu, en effet, mais surtout parce que non seulement les Canadiens mais à peu près tous les internautes de la planète sont touchés par le développement de l'industrie culturelle américaine et, plus particulièrement, par les projets pharaoniques de multinationales comme Microsoft ou Google. Après l'implantation de *Google Earth*, un exploit peu commun, voici que nous arrive maintenant *Google Book Search*³⁷, un moteur de recherche qui ne se contente pas de repérer des titres de livres mais qui produit au chercheur en cas de succès, un extrait de ces ouvrages, voire même le texte intégral de l'œuvre, quand cette dernière appartient au domaine public depuis 1923³⁸. Google se veut respectueux des règles pertinentes au droit d'auteur et c'est donc pourquoi vous pourrez

36. Il est heureux qu'on puisse avancer ici une telle affirmation. Nous ferions nôtre le souhait exprimé par la Commission interministérielle française de 1997 qui préconisait l'application du droit commun aux phénomènes découlant de l'Internet ; voir : MISSION INTERMINISTÉRIELLE SUR L'INTERNET (madame Isabelle FALQUE-PIERROTIN, présidente), *Internet : enjeux juridiques* (Paris, La documentation française, 1997), p. 86.

37. Ce nouvel outil de recherche a été lancé à la Foire du Livre de Francfort d'octobre 2004 sous le nom de *Google Print* (l'appellation a été changée en 2005).

38. Voir Siva VAIDHYANATHAN, « The Googlization of Everything and the Future of Copyright », (2007) 40 *University of California Davis Law Review*, 1207-1231 (1216). Ceux et celles que la chose amuse pourront lire le blog de Siva VAIDHYANATHAN à : <<http://www.googlizationofeverything.com>>.

retrouver complètes dans ce système les tribulations de la cousine Bette mais non les amours malheureuses de Charles Swann. Google est prudent, très prudent, mais il n'empêche que sa démarche inquiète et qu'il soit l'objet de critiques nombreuses³⁹.

Les juristes américains ne s'inquiètent pas de la reproduction des œuvres du domaine public. La publication des courts extraits des autres ouvrages les laissent toutefois songeurs. Quand Google plaide le *fair use* du *Copyright Act* américain, les auteurs soulèvent la menace de l'abus ou, soit dit autrement, sa banalisation par le surusage.

Siva Vaidhyanathan n'y va pas de main morte : « Google Library invites copyright meltdown »⁴⁰, affirme-t-il en imaginant que le projet de Google arrive à son terme et craignant qu'il ne fasse des émules. L'hypothèse est plausible.

Le défi Google ne passe pas inaperçu dans le reste du monde, d'autant plus que l'Europe ne compte pas se laisser distancer au plan culturel. Elle agit d'ailleurs en conséquence.

Depuis l'adoption du Traité de Maastricht de 1993, l'Union européenne est maintenant habilitée à prendre des initiatives en matière culturelle alors que son rôle n'excédait pas autrefois les domaines de l'économie et du commerce⁴¹. Elle ne peut cependant agir alors elle-même et monter ses propres projets mais elle est désormais capable de développer des initiatives faisant appel à la coopération de tous ses membres pour réaliser les projets qu'elle aurait souhaité mener elle-même à leur fin.

C'est dans cet esprit que la Commission européenne a adopté le 24 août 2006 une recommandation⁴² visant à promouvoir la numéri-

39. Voir, *inter alia*, David KOHLER, « This Town Ain't Big Enough for the Both of Us – or Is It ? Reflexions on Copyright, The First Amendment and Google's Use of Others' Content », 2007 *Duke L. & Tech. Review*, 0005 ; Brian STITES, *Google the Gozerian and Fair Use Slimed ; Copyright in the Technocrats Den* » (2006) 47 *Jurimetrics J*, 31-87 ; Michael R. MATTIOLI, « Opting Out : Procedural Fair Use », (2007) 12 *Virginia J.L. & Tech.* » ; Cameron W. WESTIN, « Is Kelly Shifting Under Google's Feet ? New Ninth Circuit Impact on the Google Library Project Litigation », 2007 *Duke L. & Tech. Rev.* 002.

40. *Op. cit.*, *supra*, note 38, p. 1221.

41. Voir <<http://europa.eu/scadplus/treaties/eec.fr.htm>>.

42. Recommandation 2006/585/CE, *Journal officiel*, L236, 31 août 2006 ; voir aussi : <<http://europa.eu/LexUriServer.do?uri=oJ:L:2006:236:0028:0030:FR:PDF>>. Voir <<http://www.minervaeurope.org/whatis.htm>>.

sation du patrimoine culturel européen et son accessibilité à tous⁴³. La création d'une bibliothèque numérique devient dès lors un élément phare de sa politique de soutien du patrimoine culturel dessiné par ce qu'on appelle maintenant *l'initiative i2010*.

Un réseau thématique⁴⁴, le réseau Minerva⁴⁵, a été constitué pour concrétiser les vœux formulés par la Commission européenne. Son action est menée en accord avec EDL Foundation. Elle est coordonnée par la Bibliothèque nationale néerlandaise⁴⁶ et administrée comme un projet de la Bibliothèque européenne, elle-même un service de la *Foundation Conference of European National Librarians*⁴⁷.

Avant de s'inquiéter de l'impact de cette bibliothèque numérique, il faut se demander d'abord ce que les responsables du réseau entendent par l'expression *digital library*. Écoutons ce qu'ils nous disent à ce propos : « Digital libraries », expliquent-ils, « are organised collections of digital content, which can be made available to the public »⁴⁸. Et ils poursuivent : « The content can be digital copies of books, and other 'physical' material [...] »⁴⁹.

Le chercheur va donc trouver en fin de course dans ces bibliothèques des œuvres littéraires en texte intégral au sens où l'entendent nos lois sur le droit d'auteur. Mais lesquelles ?

Celles appartenant au domaine public ou celles, contemporaines, qui sont affichables avec la permission de l'auteur⁵⁰.

En tout état de cause, la Commission européenne se veut donc aussi vertueuse que Google. Elle respecte à son instar les lois et traités internationaux en vigueur.

43. Voir <<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l29018.htm>>.

44. Voir <http://www.culture.fr/sections/themes/etudes_recherches/articles/article_35>.

45. Voir <<http://www.minervaeurope.org/structure/nrg/documents/charterparma031119final-f.htm>>.

46. Voir <<http://www.minervaeurope.org/whatis.htm>>.

47. Voir la note précédente mais aussi : <<http://search.theeuropeanlibrary.org/portal/en/index.html>>.

48. EUROPEAN COMMISSION, *Europe's cultural and scientific heritage at a click of a mouse*, (texte de septembre 2007 affiché en mars 2008 à <<http://www.ec.europa.eu/digitallibraries>>).

49. *Ibid.*

50. EUROPEAN COMMISSION, *i2010 Digital Libraries*, p. 4, dernier alinéa ; voir à : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/brochures/dl_brochure_2006.pdf>.

Il y aurait donc moyen de garder le contrôle sur les géants de l'information ? C'est ce que nous verrons maintenant au cours des prochains paragraphes.

1.2.2 La résilience des normes de droit traditionnelles

L'industrie de l'informatique a toujours été affaire de géants.

À l'époque où ce commerce était celui de *Blanche-Neige et les sept nains*⁵¹, les plus petits concurrents du marché affichaient néanmoins une taille économique respectable, comme en témoigne la présence alors parmi eux de General Electric, Honeywell ou National Cash.

Soucieux d'assurer la sauvegarde de la libre concurrence, le Département de la Justice américain a intenté à IBM deux actions anti-monopoles, la première en 1952 et la seconde en 1969. L'ampleur de ces méga-poursuites défie l'imagination.

La poursuite de 1952⁵² se termina quand l'intimée accepta de signer en 1956 une sorte de transaction à l'américaine, un *Consent Decree*⁵³, où la multinationale s'engageait à restreindre sa capacité à récupérer les machines qu'elle avait placées déjà chez ses clients et à se séparer de son département de service, *Service Bureau*.

Celle de 1969 est une *saga* interminable. Bien que la poursuite ait abandonné son action en 1982, le débat se poursuit encore sur l'abolition du *Consent Decree* qui entrave encore la mise en marché des produits IBM. Il semble qu'il ne prendra fin qu'avec la sortie du dossier du juge Edelstein qui en fait partie depuis toujours⁵⁴. Le Hagley Museum and Library de Wilmington au Delaware a publié sur son site Web le texte des procédures de cette affaire invraisemblable⁵⁵. Il avise ceux ou celles qui souhaiteraient en imprimer le

51. Le marché du *mainframe* était au cours des années 60 l'affaire d'IBM et de sept concurrents écrasés sous le poids de la firme mise sur pied par les Watson ; voir, *inter alia*, Robert SOBEL, *Colossus in Transition* (New York, Times Books, 1981), p. 159-184 ; Davis FISHMAN, *The Computer Establishment* (New York, McGraw-Hill, 1982), p. 155-176 et 198-225.

52. *U.S. v. IBM*, Civil Action n° 72-344 (25 janvier 1956).

53. « Contract in which a company agrees to change or restrict its behavior in exchange for the Government's dropping an antitrust suit » : voir Peter PASSEL, « IBM and the Limits of a Consent Decree », *New York Times*, 9 juin 1994.

54. Mary TABOR, « Judge v. IBM : Long Bitter Clash », *New York Times*, 6 avril 2008.

55. *I.B.M. Antitrust Suit Record, 1969-1980*, <<http://www.hagley.lib.de.us/1912.htm>>.

texte qu'il leur faut prévoir pour y arriver 72 pieds linéaires de papier.

Les résultats d'ensemble de ses poursuites démontrent qu'elles n'ont pas été inutiles. Quand, face aux menaces de poursuites judiciaires, IBM a annoncé en 1969 qu'elle rayait de ses contrats léonins les clauses obligeant ses clients à se procurer exclusivement de leur fournisseur les produits accessoires touchant à l'exploitation ou au développement de leurs systèmes (*bundling practices*), les pouvoirs publics avaient déjà atteint les résultats les plus probants que leur ténacité judiciaire leur procurerait ensuite. Cette victoire était significative.

Il faudrait donc conclure de tous ces interminables débats que les normes traditionnelles du droit s'avèrent capables de contenir l'action des géants dont la puissance économique façonne l'appareil global de l'industrie informatique. Microsoft semble subir d'ailleurs maintenant le même sort tant aux États-Unis⁵⁶ qu'en Europe, où le groupe a été condamné récemment à payer une amende record de 899 millions d'euros. Et il paraît que ce n'est pas fini⁵⁷ !

Il reste à évaluer les conséquences finales de ces sagas judiciaires et à se demander pour l'instant si les dispositions de la loi sur le droit d'auteur canadienne vont se révéler aussi coriaces que les législations anti-monopole américaines et européennes pour garantir les auteurs d'œuvres littéraires contre la copie illégale de leur travail.

Il semble bien qu'on puisse être optimiste sur ce point. En théorie du moins.

Tous les auteurs qui traitent de la légalité de ces copies de masse et du recours aux extraits de texte ou aux mini-illustrations (*thumbnails*) pour renseigner le chercheur sur ce qui l'attend, font inévitablement référence au *fair use* du *Copyright Act* américain⁵⁸

56. Pour fin de concision, nous renvoyons le lecteur à <<http://lawcrawler.findlaw.com/cgi-bin/lc.pl?entry=U.S.+v.+Microsoft+&sites=findlaw.com>> ; il trouvera une collection de poursuites et de commentaires où Microsoft est attaquée pour pratiques de monopole par le gouvernement central américain et une vingtaine d'états de l'Union.

57. Neelie Kroes, commissaire à la concurrence de la Commission européenne, affirme sans sourciller que « Microsoft nous doit 1,676 milliard » ; voir <<http://afp.google.com/article/ALeqM5hmsVfhzfs-H3LyD4jrcn8-QxE3vw>>.

58. 17 USC Sec 107.

pour tenter de justifier la démarche du promoteur du site qui abrite ce type de banques de données. Même les juristes canadiens le font⁵⁹. Ce procédé n'est pas sans valeur, encore qu'il faille y recourir avec prudence. Cette notion est en effet voisine de celle d'*utilisation équitable* ou (*fair dealing*) de la loi canadienne⁶⁰, mais on peut se demander dans quelle mesure leurs portées respectives se recoupent.

Les dispositions de la loi canadienne, à l'instar de celles de la loi du Royaume-Uni sur ce même sujet⁶¹, énoncent quelques cas précis où la citation d'un ouvrage protégé, ou l'usage d'un extrait d'une telle œuvre, ne constitue pas une infraction au droit d'auteur. Sont ainsi exemptés de l'application de la règle générale les emprunts effectués à l'occasion de la poursuite d'une étude privée⁶² ou dans le cadre d'un travail de recherche⁶³. Il en va de même quand un auteur rédige un compte rendu d'ouvrage ou s'il en fait la critique⁶⁴. La situation sera identique si un tel usage se déroule au cours de la communication de nouvelles⁶⁵.

Peu disert, le législateur canadien et celui du Royaume-Uni ne laissent pas beaucoup de marge de manœuvre au magistrat⁶⁶. Le *fair dealing* semble fermement encadré dans quelques cas bien définis en dehors desquels il paraît risqué de s'aventurer. La Cour suprême n'a pas véritablement libéralisé cette notion en se prononçant dans l'affaire de la *CCH Canadienne*⁶⁷, nous semble-t-il, même si elle évoque des paramètres d'interprétation qui nous rappellent le texte de la loi américaine sur ce sujet⁶⁸. Nous restons convaincus que

59. Voir Margo E. CRESPIAN, « À la recherche des livres perdus : Google Book Search and the Copyright Controversy », *Développements récents en droit du divertissement – 2007*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 55-93.

60. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 29, 29.1 et 29.2, ci-après citée *loi canadienne*.

61. *Copyright, Designs and Patent Act*, U.K 1988, c. 48, s. 29-30, ci-après citée *loi britannique*.

62. *Loi canadienne*, art. 29 (voir *loi britannique*, art. 29).

63. *Ibid.*

64. *Loi canadienne*, art. 29.1 (voir *loi britannique*, art. 30).

65. *Loi canadienne*, art. 29.2 (voir *loi britannique*, art. 30).

66. Cette opinion est également celle de Paul Ganley ; voir Paul GANLEY, « Google Book Search : Fair use, Fair Dealing and the Case for Intermediary Copying », p. 17 d'un texte du 13 janvier 2006 dont le résumé est affiché au site de Social Science Research Network ; voir à <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875384#PaperDownload>.

67. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339.

68. La Cour suprême garde comme facteurs d'interprétation de l'usage raisonnable le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation, de même que la nature de l'œuvre citée ou rapportée, les solutions de rechange à cet usage et l'effet de ce dernier sur

Google devrait renoncer à afficher sur la Toile des œuvres intégrales, ou un extrait important de telles œuvres qui ne font pas partie du domaine public, si elle était une entreprise canadienne exerçant son activité au Canada.

Elle aura peut-être plus de chance sous l'empire de la loi américaine. Cette dernière énonce sensiblement les mêmes cas d'exception⁶⁹ à la règle générale de protection des œuvres que celles édictées par les lois canadienne et britannique et on devrait donc arriver ainsi à des conclusions identiques à celles que nous connaissons déjà. La loi U.S. ajoute cependant aux conditions classiques habituelles quatre critères d'interprétation qui permettent aux tribunaux de jauger avec plus de liberté des cas qui leur sont soumis⁷⁰.

Une lecture attentive du rapport de la Chambre des Représentants sur cette législation nous apprend toutefois que le *fair use* a été dessiné tel qu'il est présentement pour satisfaire aux besoins des pédagogues⁷¹. Il ne faut donc pas croire que la partie soit gagnée d'avance pour le *Book Research* de Google.

Une même remarque s'applique sans doute aussi pour YouTube, qui appartient aussi à Google. YouTube emprunte également de grandes parties de son contenu à des tiers et cette pratique fait aussi l'objet de critiques nombreuses⁷² pour des motifs semblables à ceux que soulève *Book Research*.

Quand on s'y arrête un peu, on pressent que les règles traditionnelles du droit vont se révéler capables encore une fois de faire face à la musique, comme c'est le cas depuis le tout début du premier ordinateur. Les changements majeurs de ce phénomène se résument finalement à une question d'échelle. Les machines fonctionnent suivant les mêmes règles de base depuis toujours. Leur accès s'est toute-

l'ouvrage dont il s'agit. Voir, pour comparaison, le texte de la loi américaine citée, *infra*, note suivante.

69. *Copyright Act*, 17 U.S.C. s.107, alinéa 1.

70. *Ibid.*, alinéas suivants.

71. Ce texte est rapporté en annexe à celui de l'article 107 du *Copyright Act* ; voir cgi/fastweb.exe?getdoc+uscview+t17t20+12+0++%28Report%20of%20the%20House%20of%20Representatives%29%20%20AND%20%28%2817%29%20ADJ%20USC%29%3ACITE%20AND%20%28USC%20w%2F10%20%28107%29%29%3ACITE%20%20%20%20%20%20%20%20%20.

72. Par exemple : Kurt HUNT, « Copyright and YouTube : Pirates Playground or Fair Use Forum », 14 *Michigan Telecomm. Tech, L. Rev.*, 197 (2007) ; Russ VERSTEEG, « *Viacom v. YouTube* : Preliminary Observations », 9 *N.C.J.L. & Tech.*, 43 (2007).

fois tellement amélioré que ces soi-disant « cerveaux électroniques », qui restaient autrefois l'apanage des plus grands savants, font maintenant partie de la vie de tous les jours du citoyen ordinaire.

Et ce dernier en use. Et en abuse.

L'ordinateur est tellement présent dans sa vie de tous les jours qu'il a peut-être commencé à modifier profondément le comportement de son utilisateur, si ce n'est, bientôt, son corps lui-même.

Essayons dans une deuxième partie de ce texte de voir jusqu'à quel point la vie de l'homme ordinaire risque d'être transformée par la machine dont il se croit toujours le maître. La revanche de Hal pourrait être plus près de nous qu'on le pense généralement.

2. VIVRE AUTREMENT

Il est bien évident qu'il serait aujourd'hui un peu court de limiter notre observation du phénomène informatique au seul domaine du travail au sens où on l'entend normalement. L'ordinateur s'impose partout désormais et il s'est maintenant immiscé dans la sphère des loisirs et l'univers de la santé.

Après avoir bouleversé son activité productrice, il s'infiltré dans une sphère jadis réservée à l'être humain, dont il commence à modifier les comportements et les choix de vie.

Il faut donc nous dire maintenant qu'on ne l'y retrouve plus dans notre agir propre au simple plan des accessoires, comme une machine à calculer, mais au cœur même de la vie, en tant qu'élément à part entière du développement des deux composantes de la personne humaine, sa culture et son intégrité physique.

Voyons donc ainsi en quoi le jeu et la médecine peuvent se voiser par le biais de l'ordinateur et déterminons quels problèmes juridiques peuvent découler de son nouvel usage.

2.1 Vivre un jeu

Nous aurions certes le goût de nous déguiser ici en anthropologue ou en sociologue de l'activité ludique afin de démontrer jusqu'à quel point le jeu s'insère dans la vie de son adepte pour en influencer et modifier les comportements. Nos remarques deviendraient d'autant plus percutantes, croyons-nous, quand le jeu se structure à

partie du medium informatique. Or, « The Medium is the Massage », a-t-on dit en d'autres temps⁷³.

Nous allons néanmoins résister à cette tentation. Nous resterons prudemment juriste et tenterons plutôt de construire notre démonstration en nous arrêtant aux décisions des tribunaux affectant le développement du régime juridique des jeux vidéo. Notre jurisprudence sera toute américaine, on l'aura deviné ! Les règles pertinentes au marché s'appliquent en droit comme pour tout domaine relié à l'économie. C'est le participant le plus fort qui dicte sa loi.

Nous tâcherons donc, sans être exhaustif, d'illustrer par quelques exemples significatifs l'évolution du droit en cette matière depuis les années '80 jusqu'à nos jours.

L'ensemble de ces décisions que nous choisissons à partir de l'excellent tableau que dresse à ce propos l'équipe de l'étude canadienne Davis LPP⁷⁴ démontre que les tribunaux ont traité cinq thèmes différents depuis 1982. Ces thèmes sont ceux de :

- la *copyrightabilité* des jeux vidéo ;
- la similarité des scénarios ;
- la violence et la responsabilité des producteurs de jeux ;
- la liberté d'expression et la violence des jeux ; et
- le droit à l'image.

Nous allons maintenant traiter successivement de ces cinq thèmes.

2.1.1 La *copyrightabilité* des jeux vidéo

Les tribunaux se sont prononcés en 1982 sur la question la plus importante touchant la propriété intellectuelle des jeux vidéo, soit leur aptitude à être protégés par le droit d'auteur.

73. Marshall McLuhan, *The Medium is the Massage*, (New York, Bantam Books, 1967).

74. Voir le tableau à <<http://www.davis.ca/publication/Summary-of-Video-Game-Case-Law.pdf>>.

Le problème a été soulevé dans l'affaire *Williams Electronic*⁷⁵, à partir de la notion de *fixation*, essentielle à l'application des dispositions de l'article 102 du *Copyright Act [américain]* de 1976⁷⁶. Le juge Sloviter, qui exprime l'opinion de la Cour d'appel (3^e circuit) rejette la prétention d'*Artic International*, à l'effet que *Defender*, le jeu d'arcade de Williams Electronic, ne pouvait faire l'objet d'un droit d'auteur parce que le changement continu de son expression démontrait qu'il n'était pas *fixé* au sens où la loi l'entend, pour bénéficier de la protection du *Copyright Act*. Le tribunal déclare que le dépôt du programme de ce jeu dans la mémoire de la machine, qui permet de s'en servir, constitue un point d'ancrage suffisant pour satisfaire à la législation sur ce sujet.

Il ajoute au surplus que la loi de 1976 protège tout autant les codes/sources que les codes/objets en s'appuyant sur l'interprétation que fait de cette loi *CONTU (The National Commission on New Technological Uses of Copyright Works)* du 31 juillet 1978). Ces propos ont été ensuite repris au même sens dans *Midway Mfg Co. v. Artic International Inc.*⁷⁷ et cette norme est à notre connaissance toujours respectée comme telle.

2.1.2 La similarité des scénarios

Ce sujet n'a pas été porté très souvent devant les tribunaux. Les parties en avaient parlé un peu dans l'affaire *Midway* précitée⁷⁸, mais il faut attendre la décision rendue en 1994 dans *Capcom U.S.A., Inc. v. Data East Corp.*⁷⁹ pour en apprendre plus long à ce sujet.

L'affaire *Capcom* est celle d'une requête d'injonction formulée par la société Capcom, productrice du jeu vidéo *Street Fighter* contre l'intimée *Data East*, auteure d'un jeu similaire appelé *Fighter's History*. La requérante devait pour obtenir l'injonction demandée prouver premièrement que l'intimée avait eu accès à l'œuvre mise en cause dans le présent dossier et, deuxièmement, démontrer qu'elle avait de sérieuses chances de triompher si la cause était ensuite plaidée au fond.

75. *Williams Electronic Inc. v. Artic International Inc.*, 685 F.2d 870 (3d circ., 1982) ; aussi <<http://digital-law-online.info/cases/215PQ405.htm>>.

76. Voir, *U.S.C.*, titre 17.

77. *Midway Mfg Co. v. Artic International Inc.*, 704 F.2d 1009 (7th Cir. 1983).

78. Voir note précédente.

79. Voir la référence donnée au tableau de Davis cité *supra*, à la note 74.

Les procureurs de Capcom ont facilement franchi la première étape mais il leur est arrivé une mésaventure fâcheuse en voulant franchir la seconde épreuve. Ils ont travaillé fort à démontrer la similitude des personnages dans les deux jeux. Ils ont aussi mis en preuve que *Fighter's History*, le jeu de Data East, se construisait sur une mise en scène où les expressions des combattants ou leurs façons de triompher dans une bataille étaient tout à fait semblables à celles qu'on retrouvait préalablement dans *Street Fighter*⁸⁰.

La preuve de la requérante fut réussie mais à un point tel que le tribunal dut finalement déclarer que tous ces jeux de scène constituaient en fait des archétypes du genre et qu'ils ne pouvaient être protégés comme tels par les cours de justice. Comme quoi, on finit par perdre à vouloir trop gagner.

Faute de règles spécifiques aux jeux vidéo dans nos législations ou notre droit prétorien, il faut donc en conclure que les normes applicables à la copie et l'imitation indélicates sont celles qui régissent les scénarios des œuvres littéraires ordinaires.

Nous ne sommes guère surpris de devoir en venir à une telle conclusion. Nous avons toujours cru que ni l'informatique en général ni l'Internet en particulier ne constituaient des zones de non-droit et que ces domaines étaient régis par la législation et les normes juridiques habituelles, sauf exceptions spécifiques et caractérisées. En ira-t-il de même dès lors en matière de responsabilité extra-contractuelle si un jeu causait des dommages collatéraux par suite de son excès de violence ? Il faudrait s'y attendre.

2.1.3 La phénomène de la violence et la responsabilité des producteurs de jeux

À la fin des années '80, Johnny Burnett, un adepte de *Dungeons & Dragons*, commet l'irréparable et met fin à ses jours au moyen d'une arme à feu. Sa mère, Sheila Watters, prétend que le décès de son fils découle de la dépendance qu'il a développée à l'endroit du jeu mis en marché par TSR Inc. et elle intente une action à cette compagnie⁸¹ pour *wrongful death*⁸². Elle allègue que tout le système

80. Une description imagée de cette affaire est rapportée à <<http://patentarcade.com/2005/08/case-capcom-v-data-east-nd-cal-1994-c.html>>.

81. *Watters v. TSR Inc.*, 904 F. 2d 1009 (1983) ; <<http://www.altlaw.org/v1/cases/500801>>. Voir aussi sur ce même thème : *Wilson c. Midway Games Inc.*, 198 F.Supp.2d 167 (2002).

82. « An American tort law action which claims damages from any person who, through negligence or direct act or omission, caused the death of certain relatives

ludique de *Dungeons & Dragons* peut inciter à une violence qui mène au meurtre et au suicide et que son concepteur est responsable des dommages causés aux adeptes du jeu qui n'ont pas été sensibilisés aux dangers qu'il présente.

La Cour d'appel (6^e circuit) n'a pas retenu les prétentions de la demanderesse pour trois raisons principales.

Le tribunal croit d'abord que le concepteur du jeu ne peut déterminer d'avance l'impact que le scénario de cette œuvre destinée au divertissement aura sur des joueurs dont la sensibilité et l'état psychologique varient suivant une échelle impossible à déterminer avant le fait.

Les magistrats pensent aussi que le matériel disponible en fonction du jeu, si ce n'est le jeu lui-même, n'incitent en aucune façon à la violence et encore moins au meurtre ou au suicide. Il est clair et bien entendu pour tout le monde que l'action développée dans *Dungeons & Dragons* ne déborde jamais les limites de la fiction pure.

La Cour d'appel invoque dès lors un principe tiré du droit du Kentucky mais que les juristes québécois trouveront familier. « Il n'y a pas », affirme le tribunal, « de responsabilité sans faute ».

Cette norme, doit-on insister, constitue la pierre d'angle de notre régime de responsabilité extra-contractuelle clairement définie par la loi. Nos tribunaux n'y ont jamais dérogé, même dans l'arrêt *Katz c. Reitz*⁸³, où la Cour d'appel avait reconnu un sous-contractant auteur d'une *levissima culpa* encourant responsabilité.

Aucun anathème n'est-il donc prononcé sans cause à l'encontre de la violence émaillant les jeux vidéo ?

Voyons si c'est bien le cas en transposant le problème sur une plus large scène, celle de la protection du public.

2.1.4 La liberté d'expression et la violence des jeux vidéo

Depuis quelques années, des communautés se sont émues à juste titre de la violence grandissante entachant plusieurs jeux vidéo, parfois les plus populaires d'ailleurs.

(e.g. spouse, children or parent). » <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/W/Wrongfuldeath.aspx>>.

83. *Katz c. Reitz*, [1973] C.A. 230.

C'est ainsi que le 10 juillet 2000, la ville d'Indianapolis a émis une ordonnance restreignant l'accès des mineurs aux jeux vidéo violents dans les arcades de la municipalité. Elle visait, entre autres jeux, *Ultimate Mortal Kombat 3* ou *House of the Dead 2*.

Cette ordonnance fut cependant bientôt contestée et la ville dut faire son deuil de son règlement quand il fut jugé inapplicable dans l'affaire *American Amusement Machine Association v. Teri Kendrick*⁸⁴.

La Cour d'appel (7^e circuit) a jugé en effet que les jeux vidéo de l'an 2000 étaient porteurs d'actions et de messages et qu'ils constituaient dès lors des formes d'expression dont les mineurs ne pouvaient être exclus, bénéficiant comme les majeurs de tous les droits qu'entraîne dans son sillage la notion de liberté d'expression.

Il est permis de se demander si nos tribunaux canadiens afficheraient une telle libéralité s'ils étaient appelés à se prononcer dans un litige identique à celui que nous venons d'évoquer. Nous serions portés à croire que ce serait le cas. La liberté d'expression connaît au Canada peu de limites si ce n'est l'affichage de l'obscénité ou la publication de propos haineux. Or, malgré la violence que leurs scénarios affichent, les jeux vidéo n'atteignent même pas nécessairement dans ce domaine le niveau de brutalité des images qui nous parviennent chaque jour par la voie du téléjournal.

Encore une fois, il faut bien remarquer ici que les règles ordinaires du droit s'appliquent dans la résolution de ce genre de conflit. En ira-t-il de même pour la dernière occurrence de litiges qui ont attiré l'intervention des tribunaux en ce qui concerne les jeux vidéo ? On peut deviner que ce sera le cas.

2.1.5 Le droit à l'image

Quand Warren et Brandeis « inventèrent » le droit à la vie privée à la fin du XIX^e siècle⁸⁵, ils redécouvrirent chez le juge Cooley⁸⁶ le droit d'être laissé en paix (*the right to be let alone*) mais ils ne poussèrent pas leur raisonnement jusqu'à inclure le droit à l'image à

84. *American Amusement Machine Association v. Teri Kendrick*, 244 F.3d 954 (7th Cir., 2001) ; *contra* : *Interactive Digital Software Association v. St.Louis County Missouri*, 329 F. 3d 954 (2003) (8th Cir, ct of Appeals).

85. Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », (1890) 4 *Harvard Law Review*, 193-220.

86. *Cooley On Torts*, cité par Warren et Brandeis ; voir note précédente.

la notion de droit à la vie privée comme le législateur québécois l'a fait un peu après lui dans sa *Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁷ ou son *Code civil* de 1994⁸⁸.

Lorsque la Cour suprême américaine retrouva à son tour un droit identique dans la *pénombre* du Premier Amendement⁸⁹, elle ne parla pas non plus du droit à l'image et les divers états de l'Union se virent donc libres de légiférer à ce sujet.

C'est ce que firent d'ailleurs certains d'entre eux⁹⁰, mais d'une façon telle que notre droit à l'image civiliste devient chez eux un *droit à la publicité*, une notion sensiblement différente de la nôtre. Le droit à l'image à l'américaine devient ainsi un droit que peut invoquer toute personne dont l'identité ou l'image a été utilisée par un tiers sans sa permission pour des fins commerciales dont seul l'usurpateur a bénéficié⁹¹.

C'est ce droit qui a motivé les parties demandereses à intenter une action dans l'affaire *Ahn v. Midway Publishing Co.*⁹².

Les défendeurs avaient dans ce dossier fait appel à des modèles professionnels au stade de la conception du jeu *Mortal Kombat*, qui remporta par la suite un vif succès. Ils avaient demandé à ces personnes d'exécuter une chorégraphie censée représenter les mouvements qu'auraient effectués de véritables combattants dans le cadre du scénario imaginé par le réalisateur du jeu. Ces professionnels des arts martiaux s'adaptèrent si bien aux instructions reçues qu'ils crurent se reconnaître ensuite dans les personnages de *Mortal Kombat*. Jugeant que ces derniers constituaient une réplique de leurs propres personnes, les modèles conclurent que *Midway Publishing* portait ainsi atteinte à leur droit de publicité.

87. L.R.Q., c. C-12, art. 5.

88. Art. 35 et 36.

89. Voir *Griswold v. State of Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

90. La Californie, par exemple, a légiféré en 1985, 1999 (l'*Astaire Celebrity Image Protection Act*) et en 2007 ; voir l'analyse de ces lois par Leore GERSHENZON à : <http://info.sen.ca.gov/pub/07-08/bill/sen/sb_0751-0800/sb_771_cfa_20070711_171049_asm_floor.html>.

91. Russell J. FRACKMAN et Tamy C. BLOOMFIELD, « The Right of Publicity : Going to the Dogs ? », texte tiré du *L.A. Daily Journal* de septembre 1996 et rapporté à <<http://www.gseis.ucla.edu/iclp/rftb.html>>. Voir aussi en matière de droit à la vie privée : William L. PROSSER, « Privacy », (1960) 48 *Cal.L.Rev.*, 383.

92. *Ahn v. Midway Publishing Co.*, 965 F.Supp. 1134 (1997) ; cette affaire est commentée à : <<http://www.patentarcade.com/2005/06/case-ahn-v-midway-nd-ill-1997-c.html>>.

Le procès qui s'ensuivit se révéla toutefois décevant pour les parties demanderesses, qui virent leurs prétentions au droit de publicité contrecarrées par la préséance qu'accorda le tribunal à l'application du *Copyright Act* étant donné que les numéros présentés par les modèles avaient été captés et fixés sur des supports tangibles au sens de l'article 102 de cette loi. La porte s'ouvrait ainsi à l'application de l'article 106 de la même loi, si bien que la cause devenait désormais un problème de droits dérivés qu'ils perdirent haut la main au profit des concepteurs du jeu.

La conclusion de cette affaire est également un peu frustrante pour nous aussi. Nous aurions bien aimé savoir comment les magistrats auraient réagi en jugeant d'un droit à l'image devant le fait que le demandeur Philip Ahn représente bel et bien le personnage Shang Sun dans *Mortal Kombat II* et la demanderesse Elizabeth Malecki celui de Sonja Blade dans le même jeu d'arcade⁹³.

Comme il relève de la témérité intellectuelle que de tenter de reporter une affaire donnée dans un système de droit étranger pour essayer d'y prévoir une conclusion suivant ces nouvelles règles, nous allons nous abstenir de porter l'affaire *Ahn* en droit canadien. Sans doute peut-on néanmoins avancer que si le dossier restait chez nous une affaire de droit à l'image, ce que nous souhaiterions puisque là réside à notre avis la véritable question de fond à débattre, les magistrats seraient dès lors portés à penser à la célèbre affaire *Deschamps*⁹⁴ en dépit de la différence des faits soulevés dans les deux causes.

Une fois de plus, les normes traditionnelles régleraient un problème de droit et de fait se déroulant dans un cadre pourtant nouveau.

Nous venons de voir au cours des précédents paragraphes jusqu'à quel point les concepteurs de jeux vidéo faisaient tout pour intégrer dans leur monde virtuel l'apparence de la vie humaine, même si elle se manifeste chez des super-héros dont on ne fait pas la rencontre au dépanneur sur un plan quotidien.

Reprenons maintenant cet essai à l'envers et rappelons-nous avec Woody Allen ce personnage de *La rose pourpre du Caire* qui quitte l'écran pour participer plutôt à la vie des spectateurs venus le

93. Voir le site WWW cité en note précédente.

94. *Deschamps c. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937.

voir dans le film où il figurait jusque-là. Renversons cependant la situation et imaginons plutôt que les spectateurs quittent leurs sièges et s'intègrent au monde virtuel d'une vie informatisée.

3. JOUER SA VIE

Loin d'être imaginaire, cette transformation se tient à notre portée et une vie nouvelle sera nôtre en nous inscrivant comme *avatar*⁹⁵ à *Second Life*.

Il semble que près de 10 millions de personnes peuplaient *Second Life* à la fin de l'an 2007⁹⁶. Elles y effectuaient des transactions pour plus d'un million de dollars quotidiennement, le dollar *Linden*, la monnaie officielle de *Second Life*, se révélant convertible dans notre monde commercial ordinaire.

L'activité qui prend place dans ce monde virtuel a convaincu la Suède et l'Estonie d'y ouvrir des ambassades. Mieux peut-être encore, l'étude légale Davis LLP y est maintenant présente et croit qu'elle pourra y prendre contact avec des clients, ou se servir de ses *locaux* virtuels pour y tenir des *webinars* productifs puisque les avatars qui y participeront peuvent interagir les uns par rapport aux autres⁹⁷.

Tout au moins aussi intéressant, la *Law Society of British Columbia* tient des séances d'enseignement de la pratique du droit⁹⁸ dans ce monde idéalement fait pour cette pédagogie où il est facile de créer de vraies-fausses entrevues de clients avec de convaincants témoins aussi plus nombreux et variés que le professeur les avait jamais imaginés. Les avatars peuvent en effet se comporter comme de véritables personnages, ce qu'ils sont d'ailleurs dans ce monde virtuel où le commerce est possible.

La frontière qui sépare le réel du virtuel peut se révéler facile à franchir parce qu'elle est difficile à détecter. Le monde virtuel provoque des problèmes juridiques d'autant plus délicats à résoudre que les faits autour desquels ils gravitent se situent aux confins de l'imaginaire et du réel.

95. Un avatar est la représentation que se fait de lui-même, l'utilisateur d'un système informatique ; voir *Wikipedia*, *verbo*.

96. Voir Julius MELNITZER, *Financial Post*, numéro du 12 mars 2008, affiché à <<http://www.financialpost.com/story.html?id=368299>>.

97. Vawn HIMMERSBACH, « New Frontiers », *Canadian Lawyer*, numéro de mars 2008, p. 32 ; voir : <http://zegapi.com/view/?book_name=CLRMar08>.

98. Voir l'ouvrage cité en note précédente, p. 33.

La virtualité de la vie dans *Second Life* rend certes difficile l'application du droit matrimonial aux avatars mais cet obstacle n'empêche pas l'application des règles de droit aux problèmes qui se résolvent en une conclusion exécutable en argent.

Quand un commerçant ou un industriel s'implante dans un monde virtuel, il le fait en y apportant les logos et marques de commerce de l'univers tangible d'où il provient. Si un avatar indélicat s'en sert sans droit, il peut subir le blâme de ses pairs virtuels ou des responsables des systèmes. Il risque aussi toutefois d'être poursuivi sous son identité du monde réel car les ponts ne sont tout de même pas irrémédiablement coupés entre l'avatar et son double du monde tangible. Dans ce dernier univers, le jugement sera exécutable à l'encontre de l'avatar sur son patrimoine réel et pas seulement sur son patrimoine virtuel.

L'avatar pris en défaut d'usage illégal de la propriété intellectuelle d'autrui, s'en est pris en effet à des biens qui ne sont pas sans valeur dans notre monde, quitte à ce que celle-ci soit établie au départ en dollars *Linden*. Or, tout ce qui a une valeur patrimoniale, est un bien au sens de notre droit civil. C'est là une norme réelle qui ne se laisse pas arrêter à la frontière du virtuel, d'autant plus que le jeu *Second Life* émane tout de même de la vie réelle, dont sa survie dépend.

Il est évidemment possible, si un avatar acquiert des immeubles dans un univers virtuel, que la qualification classique des biens ne résiste pas à son passage au monde de *Second Life* ou d'*Everquest*. L'immeuble virtuel n'est pas tangible, il est vrai !, mais les dispositions de l'article 899 du *Code civil* du Québec ne nous disent-ils pas que les biens peuvent être incorporels ? L'immeuble de *Second Life* est intangible mais pas inexistant en tant que bien puisqu'il est nanti d'une valeur patrimoniale. Il fait donc partie du patrimoine de l'avatar, en tant qu'avatar mais aussi en tant que ce justiciable du monde réel que ce joueur n'a jamais cessé d'être par ailleurs.

Nous ne sommes pas sûr naturellement que le *Code civil* du Québec s'applique dans l'univers virtuel. Il y a là un délicat problème de conflit de droit. Peut-être doit-on rattacher plutôt ce monde artificiel au point d'origine du système qui le structure. Quoi qu'il en soit cependant de la juridiction où se situe ce point de rattachement, les juristes du for risquent d'accueillir avec leurs règles de droit positif en vigueur la personne réelle qui se tient derrière un avatar fraudeur, resquilleur, voire criminel dans sa vie artificielle.

L'informatique se rapproche de plus en plus de l'humain dont elle règle, voire structure, de plus en plus de comportements.

Le cinéma a connu ses jeux interdits. L'informatique produit maintenant ses jeux dangereux. Que nous réserve-t-elle maintenant, elle qui, par ses savants fous, est capable du meilleur et du pire ?

Le prochain informaticien qui rapprochera l'ordinateur de l'humanité tiendra-t-il de Mary Shelley ou de Frank Baum ?

Continuons à rapprocher l'être informatique de l'humain qui prétend le contrôler. Faisons un pas de plus. Parlons robots.

4. REVOIR LA VIE

Les robots industriels qui s'alignent pour constituer des chaînes de montage ne stimulent guère l'imagination romantique. Leurs cousins anthropomorphes les distancent sur ce point sans se forcer.

Quel cinéphile a oublié C-3PO, ce presque intellectuel, touchant dans son approche des problèmes de la vie ? Qui parmi nous n'a pas le goût de s'amuser avec AIBO, le petit chien de Sony qui retrouve lui-même où recharger ses piles quand il se sent un peu faible⁹⁹ ?

Une réalité troublante se retrouve toutefois au-delà de ces jouets fascinants. Parfois presque joli quand il revêt la forme d'un diamant, construit éventuellement à partir de composantes du carbone¹⁰⁰, si petit que sa taille se compte en nanomètres¹⁰¹, pas très rapide en se déplaçant à 50 mètres par semaine¹⁰², le nanorobot ouvre des avenues prometteuses en matière de médecine interne. Les chercheurs prévoient que si tout va bien, cet appareil microscopique pourrait traiter les maladies cardio-vasculaires aux alentours de l'an 2020. Il pourrait se loger alors dans les artères problématiques et régler l'accumulation excessive des plaques susceptibles de bloquer la circulation du sang ou y maintenir les taux de cholestérol à leurs niveaux corrects.

99. Voir AIBO dans le livre de Mark FRAUENFELDER, cité *supra*, en note 2, p. 236.

100. Voir Amit BHARGAVA, « Nanorobots : Medicine of the Future », <<http://www.ewh.ieee.org/r10/bombay/news3/page4.html>>.

101. Comparons GUNDAM, le robot de Takayuki Furuta, qui serait haut de six étages si on le construisait (« DIY Battle Bot », *Wired*, avril 2008, p. 048) !

102. « Microbots With Hearths », *Wired*, mars 2008, p. 034.

Nous sommes là bien loin du droit, me direz-vous ?

Le droit n'est jamais loin de la vie et des faits ou il n'est pas.

Quand le nanorobot amorcera son périple dans nos artères, le juriste devra peut-être commencer à définir de nouvelles notions de *vie et d'éléments du corps humain*. Un beau défi pour les gens de droit ! Où ces savants rationnels rangeront-ils dans leurs classifications surannées cet ordinateur à la fois dépendant et régulateur de son environnement biologique ?

Leur faudra-t-il alors redéfinir aussi l'ordinateur ?

De concert avec les médecins/informaticiens, ils vont certes mesurer l'ampleur des progrès accomplis par la science se rappelant l'époque où le programmeur marchait dans l'ordinateur en ces jours où l'ordinateur se promènera dans le programmeur.

